

Corte Compulsório de Cabelo, Barba e Bigode de Detentos do Sistema Prisional: Higiene x Dignidade da Pessoa Humana¹

Flávio de Araújo Willeman*

Sumário

I. Introdução. II. Direitos Fundamentais, Direitos da Personalidade e Dignidade da Pessoa Humana. III. Das Restrições aos Direitos Fundamentais. IV. Das Restrições aos Direitos dos Presos: o Caso Concreto do Corte Compulsório de Cabelo, Barba e Bigode. V. Dos Direitos Fundamentais em Debate. VI. Direitos e Deveres do Estado em Jogo. VII. Técnica da Ponderação e Princípio da Proporcionalidade. VIII. Conclusão: Solução Intermediária.

I. Introdução

O tema objeto deste estudo não é simples e não deve merecer soluções ou respostas sem o devido aprofundamento das questões que o tangenciam.

É fato público e notório, porque divulgado na mídia de todo o país quase diariamente, que pessoas do sexo masculino, quando conduzidas à reclusão em presídios por força de decisão judicial, têm o cabelo raspado com o uso de máquina com pente nº “0” (zero), bem assim a barba e o bigode. Tal medida, na maioria das vezes, desfiguram as características físicas do ser humano conduzido à reclusão.

As administrações das unidades prisionais, geralmente, justificam o corte compulsório em razão do asseio e higiene dos detentos e das pessoas que com eles se relacionam, para que se evite infestação de pragas, aduzindo que o amparo legal para tanto é a *Portaria nº 1.191, de 19.06.2008, do Ministério da Justiça*, que “disciplina os procedimentos administrativos a serem efetivados durante a inclusão de presos nas penitenciárias federais” e dispõe no art. 2º, inciso VIII:

¹ Trabalho produzido em homenagem ao saudoso Professor de toda uma geração de estudiosos do Direito Administrativo e Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Diogo de Figueiredo Moreira Neto.

* Mestre em Direito. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Desembargador Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro, Biênio 2014/2016. Professor dos Cursos de Pós-Graduação da Fundação Getúlio Vargas - FGV-RIO, da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ e da Escola Superior de Advocacia Pública - ESAP. Advogado.

VIII – realizar o processo de higienização pessoal, incluindo:

- a) Cortar cabelo, utilizando-se como padrão o pente nº “2” (dois) da máquina de corte;
- b) Raspar barba;
- c) Aparar bigodes;
- d) (...)

O que se pretende analisar neste breve estudo, portanto, é a constitucionalidade/ legalidade de o Poder Público exigir dos detentos que se submetam compulsoriamente ao corte de cabelo, barba e bigode para entrarem e permanecerem no sistema carcerário.

Neste contexto, como de conhecimento convencional, afigura-se relevante anotar que alguns dos direitos dos presos podem ser suspensos ou restringidos justamente para atender à finalidade da pena ou mesmo ao interesse público. Porém, há que se analisar o limite dessa restrição ou limitação, quais direitos podem ser afetados e com que intensidade.

Feito o registro, adianta-se ser, em um primeiro e apressado olhar, *inconstitucional a Portaria nº 1.191/2008 do Ministério da Justiça*, pois a medida adotada nos presídios não passa imune pelo crivo dos *princípios da legalidade, da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana*. Porém, em segundo e mais cuidadoso olhar, é possível sustentar a *interpretação conforme a Constituição*² à referida Portaria, admitindo-se a adoção da medida *apenas de forma excepcional*, quando necessária e motivada, em virtude da *relação especial de sujeição* a que os detentos estão submetidos e em prol do interesse público.

II. Direitos Fundamentais, Direitos da Personalidade e Dignidade da Pessoa Humana

Os *direitos da personalidade* coincidem, em boa parte, com os *direitos fundamentais*, na visão constitucional, e com os *direitos humanos*, na visão internacional.

Conforme explica MANOEL JORGE E SILVA NETO, “a designação de ‘fundamentais’ é dedicada àquele conjunto de direitos assim considerados por específico sistema normativo-constitucional, ao passo que ‘direitos do homem’ ou ‘direitos humanos’ são terminologias recorrentemente empregadas nos tratados e convenções internacionais.”³

Conceituar direitos da personalidade, direitos fundamentais ou direitos humanos é tarefa árdua. Resumindo os preceitos do constitucionalista português

² Segundo Luis Roberto Barroso, “A interpretação conforme a Constituição envolve a exclusão de um ou mais sentidos da norma, com a afirmação de um ou outro que deverá prevalecer, por compatível com a Constituição. A declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, por sua vez, considera inválida a incidência da norma sobre determinada situação, sem comprometer sua legitimidade em relação a outras hipóteses”. (*Controle de Constitucionalidade No Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.159.)

³ *Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p.74.

JORGE MIRANDA, esses direitos podem ser entendidos como o conteúdo necessário da personalidade do indivíduo; os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no nível atual de dignidade.⁴ São *direitos originários*, o mínimo existencial para que uma pessoa possa se desenvolver e se realizar.⁵

Mais discutido que o *conceito* é o *objeto* dos direitos fundamentais. Debatem-se quais são os direitos, positivados ou não, que compõem o grupo dos direitos da personalidade, direitos fundamentais ou direitos humanos.

Conforme assinalaram os juristas portugueses J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA⁶, o regime constitucional dos direitos fundamentais pode ser analisado sob várias concepções, razão pela qual se torna difícil, ou quase impossível, encontrar um critério material de identificação dos direitos fundamentais que permita delimitar unitariamente o respectivo campo (quer em extensão, quer em profundidade).

Segundo IVES GANDRA MARTINS FILHO, *Aristóteles* teria realizado uma compilação das constituições de 158 cidades-estados gregas, para elencar quais seriam os direitos humanos fundamentais, mas suas conclusões não teriam chegado até nós. Seguindo esta orientação, o Professor identificou, atualmente, os seguintes *direitos humanos fundamentais* em diversas Constituições: vida; liberdade (de locomoção, religiosa, de expressão, de reunião, de associação, profissional); igualdade; casamento e família; educação; inviolabilidade de comunicações e domicílio; honra, intimidade e imagem; propriedade privada; nacionalidade; asilo político; petição; acesso à justiça; devido processo legal; voto; saúde; aposentadoria; meio ambiente e moradia⁷.

Assim, é possível afirmar que existem *zonas de certeza absoluta*, positiva ou negativa, e *zonas cinzentas*, em relação aos direitos que compõem o referido grupo, estando na zona de certeza absoluta positiva o direito à vida, os direitos de liberdade, o direito à imagem, à intimidade, o direito ao trabalho, à saúde, entre outros direitos da personalidade, os quais promovem a dignidade da pessoa humana, elevada a valor central da nossa ordem jurídico-constitucional (art. 1º, III, CRFB/1988).

É a dignidade o valor imanente reconhecido a cada pessoa que, em alguns casos, veda a pena de morte, a restrição ao direito à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à liberdade de consciência e religião etc.

Também são direitos fundamentais, segundo alguns doutrinadores⁸, as *garantias* que visam a assegurar a fruição daqueles direitos fundamentais *propriamente ditos*. Assim, ao direito à liberdade e à segurança se contrapõe a garantia de irretroatividade da lei incriminadora, por exemplo, ou, ao direito à liberdade de expressão e informação se contrapõe a proibição de censura.

⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais*. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p.56.

⁵ MARTINS FILHO, Ives Gandra. *Direitos Fundamentais*. In: *Tratado de Direito Constitucional*. vol. 1. (Coords.) Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valter do Nascimento. São Paulo: Saraiva, 2010, p.281.

⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Editora Coimbra, 1991, p.101/107.

⁷ Ob. cit., p.283/284.

⁸ Cf. MIRANDA, Jorge. *Ibidem*, p.90/91.

Por todo o exposto, a conclusão parcial a que se pode chegar é que os direitos da personalidade, incluídos os direitos fundamentais propriamente ditos e as garantias constitucionais, devem ser por todos respeitados, pois fazem parte da garantia da dignidade da pessoa humana, pilar do Estado Democrático de Direito, sendo irrelevante, a princípio, para o exercício destes direitos, a cor, o sexo, a religião adotada ou o grupo no qual a pessoa está inserida, pois os direitos da personalidade são intrínsecos a cada ser humano.

III. Das Restrições aos Direitos Fundamentais

Tendo em vista as premissas já estabelecidas, pode-se afirmar que os direitos fundamentais devem ter aplicação direta e imediata, e com observância mandatória a vincular a todas as pessoas ou entidades públicas e privadas, e sua restrição ou limitação deve ostentar um caráter excepcional, fruto de densa motivação fática, técnica (quando possível) e normativa.

Assim, os direitos à imagem/identidade pessoal, à integridade física e moral e à liberdade de expressão e religião, devem ser observados por todos, mas não são absolutos, podendo ser suspensos, restringidos ou limitados, de forma excepcional, quando necessário para atender a um bem jurídico diverso, também protegido constitucionalmente, mais relevante no caso concreto.

Apesar de existir quem entenda que os direitos fundamentais não podem ser restringidos, devendo ser interpretados extensivamente, e não podem ser ponderados com outros princípios/valores constitucionais, a doutrina e a jurisprudência dominantes, no Brasil e no Direito Comparado, conforme assevera DANIEL SARMENTO⁹, admitem a realização de restrições a direitos fundamentais operadas no caso concreto, por meio de ponderações de interesses feitas diretamente pelo Poder Judiciário e, em algumas hipóteses, até mesmo pela Administração Pública.

Tais restrições aos direitos fundamentais, por outro lado, também estão sujeitas a uma série de limitações (são os chamados “limites dos limites”¹⁰), observadas a partir da técnica da ponderação de interesses, quando há um *conflito* em concreto.

E havendo um conflito entre direitos fundamentais (o direito à imagem/identidade pessoal, à integridade física e moral e o direito à liberdade de expressão e religião) e bens da coletividade constitucionalmente protegidos (higiene e saúde pública), parte da doutrina entende que devem prevalecer aqueles, podendo a lei, quando autorizada, introduzir restrições¹¹. Outra parte da doutrina¹² entende que os bens da coletividade ou interesses públicos devem prevalecer, em virtude do *princípio da supremacia do interesse público sobre o particular*.

⁹ SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais – Estudos de Direito Constitucional* – 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p.70.

¹⁰ SARMENTO, Daniel. *Ibid.* p.70.

¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Ibidem*, p.137.

¹² DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p.60.

Sabe-se que o princípio implícito da supremacia do interesse público vem sendo, de longa data, mitigado, ou reinterpretado, justamente para se adequar aos direitos fundamentais e ao Estado Democrático de Direito. Neste contexto, confira-se, mais uma vez, as lições de DANIEL SARMENTO, que, citando CANOTILHO, assevera:

a questão das restrições aos direitos fundamentais justificadas com base no interesse público não pode ser enfrentada com soluções simplistas, como a baseada na suposta supremacia do interesse público sobre o particular (...) é preciso primeiramente recordar que *os limites aos direitos fundamentais* podem apresentar-se, basicamente, sob três formas diferentes: (a) podem estar estabelecidos diretamente na própria Constituição; (b) podem estar autorizados pela Constituição, quando esta prevê a edição de lei restritiva; e (c) podem, finalmente, decorrer de restrições não expressamente referidas no texto constitucional.¹³

Quando a restrição a um direito fundamental está prevista na própria Constituição Federal, não é necessária a utilização do princípio da supremacia do interesse público para solucionar eventuais antinomias, uma vez que a ponderação já foi realizada pelo próprio constituinte originário.

Por outro lado, quando a Constituição autoriza que uma *lei* opere a restrição, sustenta-se a existência de certos limites às restrições, quais sejam: (a) sua *previsão em leis gerais, não casuísticas e suficientemente densas*; (b) o respeito ao *princípio da proporcionalidade*, em sua tríplice dimensão – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e (c) o *não atingimento do núcleo essencial do direito em questão* (quando possível, segundo a teoria relativa¹⁴).

Por fim, na hipótese de as restrições aos direitos fundamentais não estarem expressamente previstas na Constituição ou por esta autorizadas¹⁵, “a justificativa para a limitação ao direito fundamental deve ser a proteção de algum bem jurídico também dotado de envergadura constitucional – seja ele outro direito fundamental, seja algum interesse do Estado ou da coletividade.”¹⁶

¹³ *Ibid.* p.77.

¹⁴ Em relação ao significado da garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, Daniel Sarmento explica que se formaram na doutrina dois pares de teorias: *teoria absoluta* (defendida em Portugal por Jorge Miranda), que postula a existência de um núcleo intangível do direito fundamental; e *teoria relativa*, que admite o conflito entre núcleos de direitos fundamentais e reconduz o problema à questão da ponderação e da proporcionalidade; *teoria subjetiva*, para a qual a garantia visa a resguardar a posição do titular do direito fundamental afetado pela medida restritiva; e *teoria objetiva*, para a qual o objeto da proteção é a garantia geral e abstrata do direito, considerando-se a globalidade dos seus titulares. (Ob. cit., *passim*.)

¹⁵ Salienta DANIEL SARMENTO que, apesar de soar estranho, a possibilidade de restrições não autorizadas expressamente deriva, ainda assim, da própria Constituição, do fato de ela prever inúmeros direitos que podem se chocar em casos concretos. Para solucionar o conflito, e manter a *unidade* da Constituição, consente-se o estabelecimento de restrições aos direitos fundamentais, visando a possibilitar a coexistência dos direitos em jogo. (Ob. cit., p.79.)

¹⁶ SARMENTO, Daniel. Ob. cit., p.79.

Portanto, partindo-se da premissa de que nenhum direito é absoluto¹⁷, de que a doutrina pátria e o Direito Comparado admitem que os direitos fundamentais possam sofrer restrições, as quais, entretanto, devem ser limitadas, há que se analisar as restrições impostas aos detentos e em que intensidade podem ser e são afetados seus direitos fundamentais.

IV. Das Restrições aos Direitos dos Presos: o Caso Concreto do Corte Compulsório de Cabelo, Barba e Bigode

A prerrogativa do Estado de *limitar, condicionar ou restringir* o exercício de direitos dos presos decorre do fato de as pessoas que se encontram reclusas no sistema prisional integrarem uma *relação especial de sujeição* para com o Poder Público, o que possibilita e legitima, em nome do interesse público devidamente comprovado e motivado em valor constitucional, a referida atuação limitadora.

Neste sentido, confira-se, mais uma vez, a doutrina do constitucionalista português J.J. GOMES CANOTILHO:

Nas considerações feitas atrás sobre os limites dos direitos fundamentais tivemos apenas em conta o chamado *estatuto geral dos cidadãos*. Mas há outras pessoas colocadas numa situação especial geradora de mais deveres e obrigações do que aqueles que resultam para o cidadão com o tal. Referimo-nos às chamadas *relações especiais*, tradicionalmente designadas de *relações especiais de poder* (ou até *estatutos de sujeição*). Como exemplos, referem-se às situações dos funcionários públicos, dos militares e dos presos.

Além de deverem ter fundamento na Constituição (cfr. art. 270), cumpre apurar sempre se a especificidade estatutária exige restrições aos direitos fundamentais (princípio da exigibilidade).

(...)

Finalmente, as relações especiais de poder serão susceptíveis de originar problemas de *ordenação* entre direitos fundamentais e outros valores constitucionais. Eles deverão ser resolvidos à luz dos *direitos fundamentais* mediante uma tarefa de *concordância prática* e de *ponderação* possibilitadora da garantia dos direitos sem tornar impraticáveis os estatutos especiais.

Finalmente, os estatutos especiais conducentes a restrições de direitos devem ter como “referência” instituições cujos fins e especificidades

¹⁷ O STF também se manifesta nesse sentido. Confira no MS 23452/RJ, Tribunal Pleno, Relator Min. Celso de Mello, julgamento: 16.09.1999.

constituam eles mesmos bens ou interesses constitucionalmente protegidos (...). Este estatuto, porém, não se situa fora da esfera constitucional. Não é uma ordem extraconstitucional, mas sim um estatuto heteronomamente vinculado, *devendo encontrar o seu fundamento na Constituição* (ou estar, pelo menos, pressuposto).¹⁸

A Constituição Federal de 1988 assim dispõe sobre os direitos ou limitações de direitos do preso:

Art. 5º (...)

XLVI – a *lei* regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) *privação ou restrição da liberdade*;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) *suspensão ou interdição de direitos*.

XLVII – não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis.

(...)

XLIX – *é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral*;

(...)

LXI – ninguém será *preso* senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

LXII – a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª edição. Portugal: Almedina, 1999, p.436-437. (Grifei).

LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

LXIV – o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial.

Como se vê, a suspensão ou restrição ao direito de liberdade do condenado pela prática de ilícito penal está prevista na própria Constituição Federal, que permite, ainda, que a lei, ao regular a individualização da pena, adote outras medidas, como a suspensão ou interdição de direitos.

Quando a CRFB/1988, no art. 5º, inciso XLVI, alínea “e”, permite que a lei adote a “suspensão ou interdição de direitos”, não dispõe sobre o conteúdo ou limite desta medida punitiva. Não estão previstas na Constituição todas as restrições aos direitos do preso; tal atividade foi delegada à lei.

De se lembrar, mais uma vez, os requisitos citados por DANIEL SARMENTO¹⁹, no sentido de que a suspensão ou interdição de direitos, quando não prevista expressamente na Constituição, deve (1) *estar prevista em leis gerais, não casuísticas e suficientemente densas*; (2) respeitar o princípio da proporcionalidade, em sua triplíce dimensão; e (3) não deve atingir o núcleo essencial do direito em questão.

Na hipótese concreta, objeto deste estudo, o corte compulsório de cabelo, barba e bigode dos presos, em especial no Estado do Rio de Janeiro, *não está previsto expressamente em lei*. A administração das penitenciárias estaduais se baseia na Portaria nº 1.191, de 19.06.2008, do Ministério da Justiça.²⁰

¹⁹ Ob. cit. p.78.

²⁰ O Poder Judiciário tem, inclusive, negado direito à indenização por danos morais de presos que tiveram a cabeça raspada, com fundamento no referido ato normativo. Confira-se a ementa de acórdão proferido pela 3ª Câmara Cível do TJRJ em junho de 2017, nos autos da apelação cível nº 0003263-38.2015.8.19.00025 (Rel. Des. Mario Assis Gonçalves): “Apelação cível. Indenização. Danos morais. *Cidadão preso em consequência do não pagamento de pensão alimentícia. Raspagem de cabelos. Atividade administrativa de inserção do preso na unidade prisional. Descabimento.* Sentença de improcedência do pedido proferida em 27/09/2016, portanto, já na vigência da Lei nº 13.105 de 16/03/2015 (novo Código de Processo Civil). Autor que alega que teria sofrido ilegal corte dos seus cabelos por ocasião de sua prisão, no dia 01/07/2015, depois de ter sido levado à casa de custódia, como consequência da dívida de natureza alimentícia no valor de R\$7.594,32, destacando que além da humilhação, sofrimento, angústia, aflição derivados do ato, suportou constrangimento de ordem moral ao terem os seus familiares, amigos próximos e colegas de trabalho perguntado o que lhe havia acontecido e passado a humilhá-lo com brincadeiras porque ele esteve preso, mas que a sentença não considerou que o corte de cabelo seja ilegal e viole diretamente o direito fundamental à liberdade e ao primado constitucional da dignidade da pessoa humana. O cerne do presente recurso repousa no fato de lhe terem imposto, quando custodiado como consequência de não haver cumprido com suas obrigações alimentícias, o chamado ‘processo de higienização’, consistente na raspagem de seus cabelos, não obstante ele tenha permanecido preso por apenas 24 (vinte e quatro) horas. A liberdade, da qual o autor foi privado, é legal e decorre do fato dele não comprovar o pagamento da dívida alimentar e nem negar a existência da mesma, tampouco apresentando justificativa plausível acerca do não pagamento, inexistindo assim qualquer ilegalidade no decreto de sua prisão civil, dada a condição de devedor de alimentos e, em consequência, a raspagem de seus cabelos, independentemente do tempo em que permaneceu recolhido na casa de custódia. É incontroversa a legalidade constitucional da prisão civil do devedor de alimentos, conforme previsto no art. 528, §3º, do novo Código de Processo Civil, circunstância também consagrada no item 7 do art. 7º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – o denominado Pacto de San José

Tendo em vista que o art. 5º, inciso XLVI da Constituição Federal contém norma de exceção, que restringe direitos, sua interpretação deve ser restritiva, de modo que a expressão “lei” não pode ser entendida como “legislação”, para abarcar uma Portaria Ministerial.

Assim, a medida ora questionada não passa, em primeiro lugar, pelo crivo do *princípio da legalidade*, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. É, portanto, inconstitucional.

Mas não é só.

Ainda que se entenda que algumas restrições aos direitos dos presos possam estar previstas em ato infralegal, principalmente se considerarmos a Portaria antes referida como mera regulamentação da Lei de Execuções Penais (Lei Federal nº 7.210/1984), que prevê no seu art. 39, como *dever do condenado*, manter “higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento”, outros critérios ainda devem ser analisados.

Como se observou nas lições de CANOTILHO,²¹ deve-se realizar uma tarefa de *concordância prática*²² e de *ponderação* para verificar se a restrição ou limitação a determinados direitos fundamentais é *exigível* e como se pode garantir os direitos fundamentais dos detentos sem tornar impraticáveis os estatutos especiais.

Assim, conclui-se ser possível e lícito ao Poder Público limitar, condicionar e restringir direitos dos presos, desde que, em juízo de concordância prática e de ponderação de valores constitucionais, as medidas atendam aos *princípios da proporcionalidade (ou razoabilidade) e da intervenção mínima*, de modo a que se possa garantir a finalidade e eficácia da pena²³, *sem aniquilar direitos fundamentais*.

da Costa Rica, de 1969. Insofismável, também, que o cabimento da prisão se encontra consubstanciado no Enunciado nº 309 da súmula do Superior Tribunal de Justiça. A pena de prisão, como conhecida, nada mais é do que a segregação do indivíduo e tem como objetivo cercear seu ‘direito de ir e vir’. Constitui-se na forma mais grave de resposta estatal prevista no ordenamento jurídico de países democráticos que repudiam as penas corporais e a capital, e é, em regra, aplicada aos violadores da lei penal, mas, excepcionalmente, prevista para outras transgressões legais. Inteligência do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição da República. Ressalta-se que a prática do corte de cabelo, como forma de higienização do preso, está prevista na Portaria nº 1.191, de 19/06/2008, do Ministério da Justiça, que prevê, entre os procedimentos de inclusão de presos, o *corte de cabelo e barba* (art. 2º, inciso VIII). Ressalte-se que a prática, no âmbito do Sistema Penitenciário Federal, é adotada em diversos Estados. Não há como se ver o procedimento como prática de abuso de autoridade, apto a impor indenização por danos morais. Submissão obrigatória dos internos do sistema prisional a cortes periódicos de cabelo e barba que, conforme precedente jurisprudencial deste TJ-ERJ, não implica ofensa aos direitos fundamentais da integridade física e moral, privacidade e dignidade da pessoa humana, que integram o elenco dos direitos fundamentais do cidadão brasileiro. O asseio pessoal da população carcerária, não obstante o fato de a Administração não fornecer itens indispensáveis para tal fim, o que é deplorável, passa pelo corte de cabelo e barba e constitui providência indispensável ao controle da proliferação de pragas e doenças. Sentença mantida. Recurso conhecido, mas desprovido. Majorados os honorários advocatícios de sucumbência arbitrados na sentença para 12% (doze por cento) do valor da condenação, nos termos do que dispõe o art. 85, §11 do Código de Processo Civil de 2015. Recurso a que se nega provimento.”

²¹ Ob. cit. p.436-437.

²² O princípio da concordância prática ou cedência recíproca impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros.

²³ Não me cabe analisar as teorias da pena, mas é sabido que o Brasil adotou a teoria mista ou unificadora, pois não prevalece a finalidade retributiva ou preventiva. Segundo o art. 59 do Código Penal Brasileiro, a pena será estabelecida pelo juiz conforme seja *necessário e suficiente* para a *reprovação e prevenção*

Na hipótese concreta em estudo, a pergunta que se deve fazer é: a restrição ou limitação a direitos da personalidade, como o direito à imagem/identidade pessoal, à integridade física e moral, à não discriminação e à liberdade de religião, com o corte compulsório de cabelo, barba e bigode de presos, *justifica-se* para proteger a higiene e a saúde pública? A limitação a direitos fundamentais, neste caso, se justifica para atender ao interesse público?

Tudo deságua, portanto, no princípio da proporcionalidade ou na técnica da ponderação de valores constitucionais. Antes de tentar responder às indagações, faz-se necessário analisar os direitos envolvidos no presente conflito.

V. Dos Direitos Fundamentais em Debate

Parte da doutrina trabalha, dentro da ideia clássica de 1ª, 2ª e 3ª gerações ou dimensões de direitos fundamentais, com a premissa de que os direitos à liberdade, ou *valores da liberdade*, seriam um gênero que englobaria diversos direitos de cunho negativo, voltados à abstenção do Estado, como o direito à integridade, o direito à imagem ou identidade pessoal, à liberdade de expressão, de consciência e religião etc., direitos atinentes à fase inicial do moderno constitucionalismo ocidental.

Sob este viés, não obstante a Constituição Federal não prever expressamente o *direito à identidade pessoal*, este pode ser considerado um valor da liberdade ou um aspecto do direito de imagem; é o direito que uma pessoa tem de ser identificada de forma individual e particularizada, por meio de caracteres que a acompanham e a diferenciam dos demais indivíduos.

A partir do momento em que uma pessoa é obrigada, forçada, a modificar suas características pessoais, sem justificativa plausível, estará sendo violado o direito à imagem, que serve à sua identificação social pessoal.

Quanto ao *direito à integridade física*, previsto na Constituição Federal, não se restringe a normas de obrigação de não fazer por parte de terceiros, mas está relacionado, também, ao arbítrio de um indivíduo dispor ou se declarar apto a dispor de partes de seu corpo.

A *integridade moral*, mais complexa para ser conceituada, envolve a proibição de discriminação, ou de qualquer atitude que cause humilhação, qualquer tratamento degradante, que atinja a moral, a *psiqué* do indivíduo. No caso em análise, diversos são os exemplos divulgados pela mídia de todo o país, de detentos que foram submetidos ao corte com máquina “zero”, ao invés da máquina com pente nº 2, inclusive transexuais e rastafáris. Por óbvio, as alegações de agressão devem ser comprovadas e os responsáveis punidos. Este, porém, não é o objeto deste trabalho.

do crime. Assim, parece que a ideia de ressocialização do preso só se torna eficaz se, ao lado da pena de privação da liberdade, como forma de castigo e impedimento da prática de outros delitos, os outros direitos fundamentais forem respeitados, respeito esse necessário para preparar o detento para o retorno ao convívio social.

Fato é que, se a medida adotada nos presídios, sem motivação adequada, é considerada degradante e humilhante para os detentos, está a atingir o direito fundamental à sua integridade moral e, assim, sua dignidade humana. Como bem ressaltou IVES GANDRA M. FILHO, deve-se “distinguir entre o crime e a pessoa do criminoso. *O crime deve ser punido, mas a pessoa do criminoso deve ser tratada com respeito, até no cumprimento da pena a que estiver sujeito.*”²⁴

Importante salientar que o comando do art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal é reproduzido no art. 38 do Código Penal, segundo o qual “O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”, e no art. 40 da Lei de Execuções Penais, que afirma: “impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios”.

Interligado ao direito à integridade física e moral, ao respeito à dignidade da pessoa humana, está a *proibição de discriminação*, corolário do princípio da isonomia, que conforma o direito de igualdade como direito fundamental.

Fato é que, até onde se possui conhecimento, o regime do corte compulsório de cabelo só é adotado nos presídios masculinos, parecendo ser antinômico, irrazoável e desproporcional essa discriminação com fundamento na prevenção de pragas, se as situações são idênticas e se outras medidas de higiene podem ser tomadas, como parecem ser nos presídios femininos.

Também caminha ao lado do direito à igualdade e à não discriminação o direito à liberdade de expressão e de religião.

A proteção à *liberdade de religião*, guindada ao plano de liberdade pública com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, não se restringe ao direito constitucional de cada país, mas está cada dia mais visível nos tratados e convenções internacionais, sendo considerado direito fundamental integrante do rol dos direitos humanos.

Como afirma o estudioso MANOEL JORGE E SILVA NETO²⁵,

a opção por segmento religioso ou por não ter religião alguma (liberdade de crença), a liberdade para constituir novas organizações religiosas (liberdade de organização religiosa), bem assim o direito de expressar a crença por meio de rituais (liberdade de culto), adotando-se as liturgias que os indivíduos considerem aptas à manifestação de fé, todos esses direitos, indistintamente, só podem mesmo ser admitidos como direitos humanos, máxime porque se incorporam à pessoa humana pelo mero e simples fato da condição de ser humano.

²⁴ *Ibidem*, p.281.

²⁵ *Ibidem*, p.76.

A liberdade de religião, prevista nos arts. 5º, incisos VI, VII e VIII, e 19, inciso I, ambos da *Constituição Federal*, inclui a liberdade religiosa individual e a garantia de um Estado laico. Este princípio reflete tanto a vedação a que o Governo adote explicitamente ou privilegie uma determinada religião, quanto à proibição de que qualquer pessoa seja discriminada por conta da religião ou orientação escolhida.

A toda evidência, também a liberdade religiosa não é um direito absoluto, sendo certo que o próprio *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos* prevê, como cita MANOEL JORGE E SILVA NETO²⁶, que “A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas às limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e a liberdade das demais pessoas.”

Porém, a par das possíveis limitações, alguns aspectos do direito à liberdade religiosa podem ser mantidos sempre, *mesmo encontrando-se reclusa a pessoa*. Como exemplo, a reza, o culto isolado e a manifestação por meio das características pessoais, como o cabelo, a barba e o bigode, no caso dos adeptos do judaísmo ou do chamado rastafarismo²⁷, direitos que só poderiam ser restringidos em prol de um valor constitucional mais relevante.

É importante ressaltar que o Brasil ratificou diversos Tratados Internacionais²⁸ que protegem, de forma direta ou indireta, os direitos acima mencionados.

Conforme explica o Professor e Ministro LUIS ROBERTO BARROSO²⁹,

após a Segunda Guerra Mundial, a dignidade humana foi incorporada aos principais documentos internacionais, como a Carta da ONU (1945), a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e inúmeros outros tratados e pactos internacionais, passando a desempenhar um papel central no discurso sobre direitos humanos. Mais recentemente, recebeu especial destaque na Carta Europeia de Direitos Fundamentais, de 2000, e no Projeto de Constituição Europeia, de 2004.

²⁶ *Ibidem*. p.81.

²⁷ “O rastafarianismo, também conhecido como movimento rastafári ou *Rastafar-I* (rastafarai) é um movimento religioso que proclama Hailê Selassiê I, imperador da Etiópia, como a representação terrena de Jah (Deus). Este termo advém de uma forma contraída de Jeová encontrada no salmo 68:4 na versão da Bíblia do Rei James, e faz parte da Trindade sagrada o messias prometido. (...) *Dreadlocks*. (...) Essa tradição religiosa Rasta também é fundamentada em diretrizes sagradas. O *Dread*, de forma abreviada, também serve para que sempre esteja ligado com o corpo, ou seja, cada *Dread* é ligado espiritualmente com alguma parte do corpo.” (http://pt.wikipedia.org/wiki/Movimento_rastaf%C3%A1ri#Dreadlocks.)

²⁸ O Brasil ratificou o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 16.12.1966, bem como Convenções Internacionais da ONU.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

A Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica), por exemplo, trata do direito à integridade pessoal no art. 5º³⁰, da proteção da honra e da dignidade no art. 11³¹, e da liberdade de consciência e de religião no art. 12³². Por outro lado, no art. 27³³, que dispõe sobre suspensão de garantias, afirma-se que nem em caso de guerra, perigo público ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado-parte, este poderá suspender o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, o direito à vida, à integridade pessoal, à proibição da escravidão e da servidão, o princípio da legalidade e da retroatividade, a liberdade de consciência e religião, a proteção da família, o direito ao nome, os direitos da criança, o direito à nacionalidade, os direitos políticos, nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos.

Por fim, vale ressaltar que o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL³⁴ já se manifestou no sentido de que os Tratados Internacionais que veiculam direitos humanos têm *status* de

³⁰ Artigo 5º – Direito à integridade pessoal

1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.
3. A pena não pode passar da pessoa do delinquente.
4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e devem ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.
5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento.

³¹ Artigo 11 – Proteção da honra e da dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

³² Artigo 12 – Liberdade de consciência e de religião

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado.
2. Ninguém pode ser submetido a medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças.
3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita apenas às limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.
4. Os pais e, quando for o caso, os tutores, têm direito a que seus filhos e pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.

³³ Artigo 27 – Suspensão de garantias

1. Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado-parte, este poderá adotar as disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social.
2. A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados nos seguintes artigos: 3 (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4 (direito à vida), 5 (direito à integridade pessoal), 6 (proibição da escravidão e da servidão), 9 (princípio da legalidade e da retroatividade), 12 (liberdade de consciência e religião), 17 (proteção da família), 18 (direito ao nome), 19 (direitos da criança), 20 (direito à nacionalidade) e 23 (direitos políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos.
3. Todo Estado-parte no presente Pacto que fizer uso do direito de suspensão deverá comunicar imediatamente aos outros Estados-partes na presente Convenção, por intermédio do Secretário Geral da Organização dos Estados Americanos, as disposições cuja aplicação haja suspenso, os motivos determinantes da suspensão e a data em que haja dado por terminada tal suspensão.

³⁴ RE 466.343-SP.

norma suprallegal e, os que forem aprovados de acordo com o procedimento previsto para as emendas à Constituição no §2º do art. 60 da CF/1988, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Dá a importância de se analisar o conteúdo e alcance das restrições a direitos fundamentais, como o direito à igualdade, à integridade física e moral e à liberdade de religião, indiscutivelmente reconhecidos como direitos humanos, cuja proteção é hoje levada a debate em Tribunais Internacionais³⁵.

VI. Direitos e Deveres do Estado em Jogo

Parece não existir dúvidas de que é plenamente possível ao Estado *limitar com condicionamentos e/ou restringir* alguns direitos de detentos, máxime para priorizar políticas preventivas que visem a implementar medidas de saúde pública, inclusive da população carcerária.

Mais: é possível limitar e/ou, eventualmente, restringir totalmente o direito à imagem/identidade pessoal e à liberdade de religião, para resguardar o Poder Público do seu ônus irrenunciável de *proteção* à incolumidade do detento que está sob a sua custódia, bem assim do ônus de ser responsabilizado civilmente caso um detento ou mesmo um carcereiro ou uma pessoa visitante venha a ser contaminado com doenças transmissíveis.

Por expressa disposição constitucional, a vida e a saúde são direitos fundamentais e sociais INVIOLÁVEIS do cidadão e, nos termos do *art. 196 da CRFB/1988*, é DEVER do Estado protegê-los, inclusive com medidas preventivas que reduzam o risco de contaminação de doenças.

Não fosse isso, digno repetir que também é dever do Estado garantir a incolumidade física e moral dos detentos (*art. 5º, XLIX da CRFB/1988*), protegendo-os, assim como aos guardas e aos visitantes, do contágio de doenças (*art. 14 da Lei de Execuções Penais*³⁶).

A propósito, importante citar a doutrina de INGO SARLET acerca do conceito da *dimensão objetiva dos direitos fundamentais* e da consequente obrigação do Poder Público de editar medidas e/ou políticas públicas para protegê-los:

³⁵ Conforme observaram CAROLINA ALVES DE SOUZA LIMA e OSWALDO HENRIQUE DUEK MARQUES “Com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e dos inúmeros tratados internacionais de proteção dos direitos humanos criados a partir de então, consolidou-se, efetivamente, no plano jurídico, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, com o reconhecimento da subjetividade jurídica internacional da pessoa humana. Diante dessa nova realidade, *qualquer atentado contra os direitos humanos configura questão de relevância internacional, e não apenas questão doméstica dos Estados*. Isso porque a nova concepção dos direitos humanos significa que quando estes são desrespeitados, toda a humanidade o é.” (O Princípio da Humanidade das Penas. In: *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. 2ª edição. (Coords.) Jorge Miranda e Marco Antonio Marques da Silva. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p.442).

³⁶ Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

Outra importante função atribuída aos direitos fundamentais e desenvolvida com base na existência de um dever geral de efetivação atribuído ao *Estado*, por sua vez agregado à *perspectiva objetiva dos direitos fundamentais*, diz com o reconhecimento de *deveres de proteção (Schutzpflichten)* do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões providas de particulares e até mesmo de outros Estados. Esta incumbência, por sua vez, desemboca na *obrigação de o Estado adotar medidas positivas da mais diversa natureza (por exemplo, por meio de proibições, autorizações, medidas legislativas de natureza penal etc.)*, com o *objetivo precípua de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais*.³⁷ – grifei.

A referida *dimensão objetiva dos direitos fundamentais*, portanto, pode ser desdobrada na *Teoria dos Deveres de Proteção*, oriunda da construção jurisprudencial alemã, por meio da qual se impõe ao Estado o dever de interferência em relações jurídicas privadas para salvaguardar e fomentar a aplicação dos direitos fundamentais.³⁸

Por outro lado, o próprio *art. 39, inciso IX, da Lei de Execuções Penais* (Lei nº 7.210/1984) dispõe ser *dever do condenado* manter “higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento”.

Há, assim, deveres do preso e do Estado em torno da mesma prevenção.

Fato é que, conforme já se analisou, as restrições ou limitações aos direitos fundamentais devem respeitar a dignidade da pessoa humana e atender, no caso concreto, ao princípio da proporcionalidade, o que não está acontecendo com a imposição compulsória de corte de cabelo, barba e bigode de presos.

VII. Técnica da Ponderação e Princípio da Proporcionalidade

Por tudo o que se viu até aqui, conclui-se que *os direitos fundamentais só podem ser suspensos ou restringidos em casos excepcionais*, sendo certo que a amplitude das restrições operadas pela legislação deve estar subordinada ao princípio da proporcionalidade, em sua tríplice dimensão, além de não poder atingir o núcleo essencial do direito em questão.

Não é diferente em relação aos direitos dos presos, os quais, apesar de estarem subordinados a um *regime especial de sujeição*, podem e devem manter certos direitos fundamentais.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.143/150.

³⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.468/469.

O *princípio da proporcionalidade*, segundo a moderna doutrina constitucionalista, é uma medida de valor a partir da qual se procede a uma *ponderação*.

Resumindo as valiosas lições do Professor e Ministro LUIS ROBERTO BARROSO³⁹, a técnica da ponderação perpassa por três etapas, sendo a última a aplicação do princípio da proporcionalidade (ou razoabilidade) para a decisão do caso concreto. Confira-se:

É na *terceira* etapa que a ponderação irá singularizar-se, em oposição à subsunção. (...) nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a *apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa* e, portanto, o grupo de normas que deve ponderar no caso. Em seguida, será preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento das demais, isto é, sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio da *proporcionalidade* ou *razoabilidade*.

A primeira e a segunda etapas mencionadas por LUIS ROBERTO BARROSO foram realizadas, acima, por meio da identificação dos direitos fundamentais dos presos que estão em conflito direto com a norma da Portaria nº 1.191/2008-MJ, que determina o corte compulsório de cabelo, barba e bigode em prol da saúde pública. Percebe-se que os direitos fundamentais podem ser restringidos e, na terceira etapa da técnica da ponderação, o princípio da proporcionalidade irá conduzir à solução em relação a *qual* grupo de normas deverá prevalecer, e *por quê*.

Conforme sintetiza LUIS ROBERTO BARROSO⁴⁰, o *princípio da proporcionalidade* (ou razoabilidade) se divide em três subprincípios: “(a) da *adequação*, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da *necessidade* ou *exigibilidade*, que impõe a verificação da existência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e da (c) *proporcionalidade em sentido estrito*, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos do cidadão.”

Assim, para compatibilizar, de um lado, a restrição à liberdade e a suspensão de direitos, autorizadas pela própria Constituição para o cumprimento da pena, e, de outro lado, o respeito à integridade física e moral dos presos, à imagem/identidade pessoal e à liberdade de expressão e de religião, direitos garantidos também pela Carta Magna, deve a restrição *in concreto* observar o princípio da proporcionalidade, em suas 3 dimensões:

³⁹ *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p.335-336.

⁴⁰ *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: editora Saraiva, 1996, p.209.

1 – Proporcionalidade – Adequação: o corte de cabelo, barba e bigode de presos é uma medida que se mostra *apta* a atingir os objetivos pretendidos?

Esta medida pode sim *evitar* a proliferação de pragas, como o piolho, mas não é *apta*, sozinha, para garantir a higiene e a saúde dos presos e das pessoas que com eles se relacionam, como se percebe pela realidade dos presídios brasileiros.

Independente da existência ou não de piolho, a superlotação dos presídios, a falta de limpeza eficiente das celas, a falta de estrutura ou materiais para que os detentos tomem banho com regularidade, por exemplo, tudo isso pode ocasionar doenças, bem como a falta de higiene na cozinha pode causar intoxicações alimentares.

Nos dias atuais, o corte compulsório de cabelo de presos, de forma indiscriminada e com ampla divulgação nas mídias escrita e falada, acaba sendo medida que expõe o cidadão ao ridículo antes da formação de sua culpa por decisão judicial transitada em julgado (em franca violação do artigo 5º, inciso XLIX, da CRFB/1988) e, com isso, afeta a sua dignidade humana, vez que serve como *punição moral indireta*. Por isso, sob ângulo da adequação, não se afigura constitucional.

2 – Proporcionalidade – Necessidade: existe meio *menos gravoso* para atingimento dos fins visados?

Sem dúvida a higiene e a saúde das pessoas dentro dos presídios podem ser preservadas por *outros* meios que não agridam seus direitos fundamentais, como as medidas anteriormente mencionadas, notadamente a distribuição de medicamentos contra pragas e outros produtos para higiene, o corte constante de cabelos, entre outros.

Se assim não fosse, não estariam sendo preservadas a higiene e a saúde das detentas (mulheres), as quais, até onde se tem conhecimento, não são submetidas a qualquer tipo de corte obrigatório de cabelo ao ingressarem nos presídios femininos.

Por isso, também por este ângulo, inconstitucional se afigura o corte obrigatório e indiscriminado de cabelo, barba e bigode de pessoas conduzidas à reclusão, muitas vezes sem sentença condenatória.

3 – Proporcionalidade em Sentido Estrito: o ônus imposto aos detentos, muitas vezes atingindo sua identidade com uma religião, se justifica perante o *benefício* trazido para a coletividade? A resposta é negativa.

Veja-se que o único argumento que se tem utilizado no país para a compulsoriedade indiscriminada do corte de cabelo, barba e bigode dos presos é a prevenção e a infestação de parasitas e, assim, se garante a higiene e a saúde dos presos e das pessoas que com eles se relacionam. Porém, não se conhece, até onde a pesquisa para este trabalho alcançou, a existência de algum estudo com dados empíricos que comprove a redução de doenças a partir da adoção das referidas medidas.

Fato é que, ao raspar o cabelo, barba e bigode, num modelo “padrão” que não se justifica, e de modo compulsório, por vezes agressivo, avilta a dignidade pessoal

do detento, que tem violados os seus direitos à imagem/identidade pessoal⁴¹, à integridade física e moral, sem justificativa válida, razoável, sendo certo que, no caso de *transexuais, judeus ortodoxos e rastafáris*, a medida restritiva pode atingir o *núcleo essencial* dos direitos à identidade pessoal e à liberdade de expressão e de religião, não encontrando amparo na garantia de outro direito fundamental mais importante, de modo que a medida não passa pelo crivo do terceiro (e cumulativo) requisito para restrição dos direitos fundamentais.

VIII. Conclusão: Solução Intermediária

Em razão das considerações expostas, o regime de corte compulsório de cabelo, barba e bigode dos detentos, da forma como está sendo realizada atualmente nos presídios brasileiros, não respeita a dignidade da pessoa humana e não vence o princípio da proporcionalidade. É, portanto, inconstitucional.⁴²

⁴¹ O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por meio de sua “Câmara Especial”, nos autos da apelação cível nº 0533279-71.2010.8.26.0000 (voto 8.133), em julho de 2011, entendeu ser inconstitucional o corte indiscriminado de cabelos de jovens infratores: “APELAÇÃO – Ação Civil Pública – Imposição de impedimento à Fundação Casa de raspar o cabelo dos adolescentes internados – Direito coletivo caracterizado – Adequação da ação civil pública – Legitimidade ativa da defensoria pública – Possibilidade jurídica – Inexistência de violação ao princípio da separação de poderes – Violação ao livre desenvolvimento da personalidade dos adolescentes e ao Direito à dignidade (um dos fundamentos da nossa República) – Pretensão respaldada em normas da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente – Possibilidade de cominação de multa diária à Fazenda Pública – Sentença mantida – Recurso a que se nega provimento”.

⁴² Mencione-se, a propósito, importante decisão da Suprema Corte da Colômbia a respeito do tema: “Sentencia T-1030/03

ACCION DE TUTELA – Ausencia de vulneración del debido proceso

DERECHOS DEL INTERNO – Relación especial de sujeción con el Estado

ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN ESTABLECIMIENTO CARCELARIO

DERECHOS FUNDAMENTALES DEL INTERNO – Avances normativos tanto nacionales como internacionales

CARCEL Y PENITENCIARIA – Normas que regulan su funcionamiento

CARCEL Y PENITENCIARIA DE ALTA SEGURIDAD – Condiciones que deben tenerse en cuenta para expedir su reglamento interno

ESTABLECIMIENTO CARCELARIO – Tratos degradantes/DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL DEL INTERNO – Vulneración por rapado de su cabeza/REGLAMENTO INTERNO DE ESTABLECIMIENTO CARCELARIO – No contempla el proceso de rapado

En el presente caso, la imposición de la medida desborda la consecución de un fin legítimo, como lo es el mantenimiento de la seguridad y del orden en el establecimiento carcelario, como quiera que el mismo objetivo se puede alcanzar empleando un medio menos gravoso para la dignidad humana, como lo es, en el presente asunto, la práctica de una peluqueada que permita lucir un cabello corto, sin alterar los rasgos faciales y que proteja al mismo tiempo al interno del intenso frío que caracteriza a la región donde se halla ubicado el penal. En otros términos, la calificación de un centro carcelario o penitenciario como de máxima seguridad no implica someter a los reclusos que en ellos se encuentran a esta clase de tratos. Rapar a los internos constituye entonces una flagrante vulneración a su derecho a la identidad personal, a lucir ante los demás de una determinada manera. En este orden de ideas, el rapado de los internos constituye una práctica administrativa. En efecto, un examen del reglamento interno del centro de reclusión, evidencia que en ninguna parte se dispone ese corte de cabello. ESTABLECIMIENTO CARCELARIO – Uso excepcional de esposas en determinados momentos y espacios/ ESTABLECIMIENTO CARCELARIO – Uso de esposas durante las visitas de apoderados y familiares es una medida desproporcionada”. (<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-1030-03.htm>.)

Em sentido oposto, valendo-se da técnica de ponderação de interesses constitucionais, decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por maioria de votos, em maio de 2014, nos autos da apelação cível 0315505-67.2011.8.19.0001 – 5ª Câmara Cível, com a Relatoria do Des. Heleno Ribeiro Pereira Nunes (vencida a Des. Cristina Tereza Gaulia): “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEMANDA ATRAVÉS DA QUAL SE OBJETIVA SEJA DECLARADA A PROIBIÇÃO DE SUBMISSÃO DOS PRESOS SOB CUSTÓDIA DA SECRETARIA ESTADUAL DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO E DA

Porém, o Estado, uma vez detectada a necessidade concreta e efetivamente comprovada, como casos de piolho ou falta de higiene grave, pode e deve *limitar e/ou restringir* o exercício do direito à identidade pessoal e à liberdade de expressão e religião, com o fim de proteger a *saúde pública* e a *vida* (direitos fundamentais natos) não só dos detentos, mas também, dos carcereiros e dos visitantes.

Realizando-se uma *nova ponderação*, tem-se que, se justificada e densamente motivada (sobretudo tecnicamente) a importância de se adotar a medida do corte, no caso concreto (mas nunca genérica e indiscriminadamente), para preservar a saúde da coletividade dos presídios (direito fundamental à saúde), a restrição aos direitos fundamentais à imagem/identidade pessoal, integridade física e liberdade religiosa estará sendo idônea para garantir a sobrevivência do direito à saúde, sendo o ônus justificado pelo benefício.

Em razão do exposto, podem ser as ideias aqui lançadas sintetizadas da seguinte forma:

1 – é inconstitucional, por violação do princípio da dignidade da pessoa humana, o corte compulsório de cabelo, barba e bigode dos presos, sem motivação, sobretudo de presos políticos, judeus ortodoxos, transexuais e rastafáris que se negam a se submeter à medida em virtude de crença religiosa ou orientação sexual;

2 – é recomendado que sejam esclarecidas a todos os detentos a finalidade e a importância do corte de cabelo, barba e bigode, podendo optar, consciente e voluntariamente, pelo corte;

3 – realizado o item 2, caso o detento se negue a cortar cabelo, barba e bigode, é possível e recomendável que assine “termo de ciência, riscos e assunção de responsabilidades”, com o fim de resguardar a atuação preventiva e lícita do Poder Público;

SECRETARIA DE ESTADO DE SEGURANÇA PÚBLICA AO CORTE DE CABELO E DE BARBA COMPULSÓRIOS, BEM ASSIM A CONDENÇÃO DO ENTE ESTATAL EM OBRIGAÇÃO DE FAZER CONSISTENTE NA PRESTAÇÃO DE ASSISTÊNCIA MATERIAL PARA A MANUTENÇÃO DO ASSEIO PESSOAL DOS PRESOS CUSTODIADOS NAS UNIDADES PRISIONAIS SOB A RESPONSABILIDADE DOS ÓRGÃOS REFERIDOS, EM FREQUÊNCIA E QUANTIDADE COMPATÍVEIS COM DITA FINALIDADE. AGRAVO RETIDO. LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA PROPOR AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA A PRESERVAÇÃO DE INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E/OU INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS (ARTIGO 5º DA LEI 7.347/1985, COM A REDAÇÃO QUE LHE FOI DADA PELA LEI 11.448/07). DISCUSSÃO ACERCA DA OBRIGATORIEDADE DE OS INTERNOS DO SISTEMA PRISIONAL ESTADUAL SUBMETEREM-SE A CORTES PERIÓDICOS DE CABELO E BARBA. MEDIDA QUE NÃO IMPLICA OFENSA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL, PRIVACIDADE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA QUE INTEGRAM O ELENCO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CIDADÃO BRASILEIRO. EMPREGO DA TÉCNICA DA PONDERAÇÃO DE INTERESSES. ASSEIO PESSOAL DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA, O QUE PERPASSA PELO CORTE DE CABELO E BARBA, QUE CONSTITUI PROVIDÊNCIA INDISPENSÁVEL AO CONTROLE DA PROLIFERAÇÃO DE PRAGAS E DOENÇAS, QUE, SABIDAMENTE, ENCONTRAM CONDIÇÕES PROPÍCIAS EM GRANDES AGLOMERAÇÕES. DIREITO DE TODA A POPULAÇÃO CARCERÁRIA, DOS FUNCIONÁRIOS QUE LÁ DESEMPENHAM SUAS FUNÇÕES, E PORQUE NÃO DIZER, DA PRÓPRIA COLETIVIDADE, A UM AMBIENTE SADIO, MANTENDO-SE UM NÍVEL MÉDIO DE HIGIENE, COM A CONSEQUENTE DIMINUIÇÃO DO RISCO DE DOENÇAS, SEM QUE TAL IMPLIQUE INDIGNIDADE DO PRESO. PROVIDÊNCIA QUE, ADEMAIS, PERMITE A MANUTENÇÃO DA ORDEM E DISCIPLINA NO INTERIOR DAS UNIDADES PRISIONAIS, BEM ASSIM A DIGNA APRESENTAÇÃO PESSOAL DO PRESO PERANTE SEUS PARES E SEUS FAMILIARES. DEVER DO ESTADO DE FORNECER ASSISTÊNCIA MATERIAL PARA A MANUTENÇÃO DO ASSEIO PESSOAL DAQUELES QUE ESTÃO SOB A SUA CUSTÓDIA (KIT HIGIENE). RECURSO AO QUAL SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.”

4 – na hipótese do item 2, caso o preso opte voluntariamente pelo corte, devem ser utilizadas máquina de pente nº 02 (dois) ou tesoura, bem como apenas aparados barba e bigode, de modo a não desfigurar sua identificação física e, com isso, atingir sua dignidade humana;

5 – é constitucional a adoção da medida, coercitivamente, apenas em casos excepcionais e devidamente motivados à luz de outros valores constitucionais (casos de epidemias que exponham a risco a saúde da população carcerária etc.), ressalvada a proibição de excessos ou agressões físicas ou verbais, caracterizando-se abuso de direito;

6 – Em nenhuma circunstância, deverá o Estado permitir que pessoas que tiverem o cabelo, barba ou bigode cortados sejam expostas à divulgação pública, sobretudo ante a inexistência de decisão judicial transitada em julgado, circunstância que poderá (a depender do caso concreto) representar ofensa à honra e à imagem.